

초상권의 개념과 의의

안용교
건국대 법학과 교수

...미국에서는 프라이버시권은 초상의 영리적 사용을 계기로 승인되어 온 것이 사실이고 초상권의 주장은 동시에 프라이버시권의 주장이었던 것이다. 이에 대하여 대륙법국에서는 초상권은 인격권 이론과 결부시켜 독립의 권리로서 일찍이 승인하고 있는 것이다. 어느 이론구성을 하지라도 영상문화의 시대라고 부르고 있는 오늘날 초상권은 인권보호의 관점에서 중요한 의미를 가지고 있다. 한편 현대사회에서의 보도의 자유의 가치는 재언할 여지가 없을 만큼 또한 긴요하다. 보도의 자유를 확보하기 위하여 취재활동의 하나인 사진촬영은 넓게 인정할 필요가 있는 것이다. 물론 취재활동의 하나로서의 사진촬영은 보도의 자유의 목적 이외에는 사용되어서는 안 된다. 초상권과 보도의 자유와의 조화를 이룩할 수 있는 건전한 관행이 확립되어야 할 것이다....

1. 초상권의 보호범의

초상권은 미국에서는 프라이버시법의 일환으로서 프라이버시권의 하나로 논의되고 있으며 서독(미술저작권법), 이탈리아(저작권법)등 대륙법에서는 초상권의 문제로 이해되어 입법상 보호를 받고 있다. 우리나라 저작권법에는 초상권에 관한 규정은 없다. 초상권은 19세기 사진술의 발달로 말미암아 19세기말 독일에서 주장되었다. 카메라 망원렌즈의 사용이나 TV·영화 등의 발달도 초상권의 침해가능성을 증대하게 된 것이다. 일본에서는 데모참가자를 경찰관이 촬영한 사건과 관련하여 형사판례(김택데모 취재방해사건, 명고실 고재판사판례집 6권 1875면)가 초상권을 논한 바 있다. 민사의 경우도 초상의 무단촬영 또는 무단이용을 인격권·프라이버시권 침해로 이해되었다. 우리나라도 헌법 제 16조에서 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다고 규정하여 이 권리의 한 내용으로 초상권을 포함하고 있다고 이해하고 있다. 다만 종래에는 회화·조각·인형 등에 의한 초상의 이용을 포함하여 초상의 무단촬영 또는 초상의 무단이용을 인격권·프라이버시권 면에서만 이해되었으나 최근에는 재산권의 면을 또한 포함하는 의미로 이해하게 된 것이다. 사람의

초상이 함부로 공표·개작되거나 싫어하는 상품광고에 사용되어서는 안된다는 정신적·인격적 이익을 존중할 필요가 있을 뿐만 아니라 어느 정도 돈을 내어 초상의 사용을 본인이 동의한다는 의미에서 재산권이기도 하기 때문이다. 이러한 의미에서 사람의 초상에 대하여 본인이 갖는 이익인 초상권의 보호법인은 인격권·프라이버시권으로서의 초상권과 재산권으로서의 초상권인 것이다.

(1) 인격권·프라이버시권으로서의 초상권

이 초상권의 의미는 대륙법계에서는 인격권속에서, 미국법에서는 프라이버시권 속에서 실명되고 있다. 사람은 자기의 초상에 대하여 개인의 존엄·가치에 관련되는 명예·신용 등에 관련되는 인격적 이익을 가지고 있기 때문에 인격권의 하나로서 초상권을 갖는다고 이해하는 것이다. 사람의 초상을 묘사하는 것은 회화나 조각에 의하는 경우 외에 사진에 의하는 것이 보통이므로 여기서 무단촬영·사진의 무단이용과 사진에 의한 초상을 주로 문제로 삼는다면 이 초상권의 보호법익은 무단촬영 그 자체의 문제와 촬영된 초상사진, 작성된 초상의 공표·이용이 문제가 된다. 무단촬영 그 자체의 경우는 무단복음의 경우와 같이 이해될 수 있는 사생활의 자유의 하나인 것이다. 누구나 사생활의 자유의 하나로서 그 동의없이 함부로 그 용모·자태를 촬영되지 않을 자유를 갖고 있는 것이다. 이와 같이 공표·이용되지 않는 촬영 그 자체를 초상권의 범위에 포함하게 되는 것이다. 이것은 촬영거절권으로서의 초상권인 것이다. 이에 대하여 촬영된 초상사진, 작성된 초상의 공표·이용의 경우는 초상의 공표 또는 이용, 무단복사에 대한 거절권을 의미한다. 이것은 촬영으로 작성된 초상 사진의 이용을 제한하는 권리로서, 초상작성자인 촬영자가 갖는 저작권을 피촬영자인 초상 본인의 초상권이 제한하는 점에서 저작권과 관련된다. 우리나라 저작권법 제 13 조에는 타인의 촉탁에 의하여 저작된 사진 초상의 저작권은 그 촉탁에 속한다고 이를 명시하고 있다.

(2) 재산권으로서의 초상권

이것은 초상의 이용에 대하여 초상 본인이 갖는 재산적 이익을 말한다. 재산권으로서의 초상권은 초상영리권 초상재산권이라고 말할 수 있다. 이 초상권은 미국에서 논의되는 퍼블리시티권(right of publicity)의 하나이다. 이를테면 촬영된 초상사진·작성된 초상의 이용이 불법행위가 됨으로써 손해배상채권이 되어 결국 독립하여 재산권이 된 것으로 이해하거나 그렇지 않으면 타인의 초상을 이용함으로써 이익을 얻는 것은 부당이득이며 이

부당이득에 근거를 둔 권리를 재산권으로서 구성할 수도 있는 것이다. 성명·초상 등 퍼블리시티 가치에 대한 무단이용을 부당이득의 문제로 본다는 것이다. 아무튼 종래초상권을 인격권으로서 표현의 자유와 관련하여 이해하였지만 오늘날은 불법행위로서 재산권의 침해의 문제로 또는 부당이득의 문제로서 검토하지 않으면 안되게 된 것이다.

퍼블리시티권이란 성명·초상의 영리적 이용을 프라이버시권의 침해의 문제로 이해하는 것이 아니고 성명·초상의 권리로 독립된 경제적 이익으로 구성하는 것인데, 대가를 얻어 독점적으로 사용케 하거나 타인에 양도시키는 재산권으로서 구성함을 말한다. 유명한 영화배우의 초상이 광고에 사용된 경우 프라이버시권의 침해라기 보다는 얻을 수 있는 이익의 침해, 즉 하나의 재산권의 침해라고 생각하지 않을 수 없다. 배우나 운동선수 기타 인기있는 업을 가진 자의 경우 프라이버시권이라는 인격권의 요소는 위축해지고 재산권적 요소가 강해지고 있는 것이다. 마치 저작권이 인격의 표현이면서도 경제적 이익으로서 사람으로부터 독립하여 법적인 객체로 된 것과도 같이 초상권도 이러한 인격권으로부터 독립하여 이해하여야 하는 경우를 인정하지 않을 수 없는 것이다. 일본의 경우도 王貞治 선수의 800호 기념메달 무단제작 판매에 대하여 동경지방법판소는 채권자 王貞治의 요구를 이유있다고 받아들여 王선수가 한 발을 들고 배팅하는 모습을 담은 메달을 제조·판매 또는 나누어 주어서는 안된다는 가처분결정을 내린 바 있는 것이다.

2. 초상권의 개념에 관한 학설

(1) 케이스너(Keyssner)

1896년 케이스너 판사는 초상권(Das Recht am eigenen Bilde)을 저술하였다. 케이스너에 의하면 사람은 자기의 용모에 대한 주인공이다. 타인이 이를 촬영하고 이를 공표하려고 할 때에는 이를 거부할 권리를 가진다(원칙). 그러나 예외로 다음 경우에는 권리가 없다고 보는 것이다. 즉 ① 강제촬영의 경우이다. 공익에 관련되는 경우로서, 경찰 및 형사소송 절차의 목적을 위하여 범인의 초상을 촬영하고 참고로 하기 위하여 범죄인 장부를 작성하고 체포를 위하여 이를 인쇄하는 경우가 이에 속한다. ② 풍경화의 경우인데 단순한 풍경화에 특정인의 초상이 들어 있더라도 무방하다. 단 화중의 인물을 특정인으로서 표출하는 것을 목적으로 할 수 없으며 또한 화중의 인물이 특정인임을 판단할 수 없는 것이어야 한다. 특정인임을 판단할 수 있는 경우에는 본인은 특징의 말살을 청구할 수 있다. ③ 사건화의 경우이다. 이를테면 열병식·제례행위 등의 사진 중에 들어 있는 인물·초상의 본인은 초상권을 들어 이에 대항할 수 없다. 이러한 사건에 참여하는 자는 이 사건이 촬영되는 경우 자기도 촬영됨을 동의한 것으로 간주된다. 단 개인의 초상이 추악한 경우나 버릇없는 태도를

보인 경우에는 이와 다르게 이해된다. 또 케이스너는 초상권이 침해된 경우의 보호수단으로 자위권(Selbsthilfe)을 인정했다. 귀부인 옆에서 몰래 화가가 사생을 한 후 화가가 그 사생한 것을 그냥 두고 일시 그 장소를 비웠을 경우 귀부인은 스스로 그 작품을 몰수할 수 있으며 사진이면 그 원판을 무효로 할 수 있는 권리가 있다고 본 것이다. 단 그는 초상권을 인정한 이상 미술가가 초상 본인을 눈 앞에 보지 않은 채 언젠가 관찰하여 얻은 기억을 더듬어 초상을 작성한 경우에도 동의를 얻지 못하였다면 또한 초상권의 침해도 된다고 이해하고 있다. 이 점에 대해서는 가라이스(Gareis)나 콘(Cohn)은 반대입장을 가지고 있다.

(2) 코오러(Kohler)

코오러는 케이스너와는 원칙과 예외에 있어서 정반대 입장이다. 원칙은 다음과 같이 설명한다. 사람은 용모·용태에 대하여 배타적·독점적인 인격권을 가지지 못한다. 누구나 그 의사에 반하여 자기초상을 공표되지 않는다는 의미의 초상권은 인정되지 않는다. 공인으로서 활동하는 자는 그 수요를 감수하여야 한다. 비록 공인생활을 하지 않을 경우에도 일반 국민이 정당한 이익을 갖는 경우에는 이와 다를 바 없다. 다만 다음과 같이 초상 공표가 통상방법이 아니고 통상의 생활관계에 반하는 경우에만 권리의 침해가 있는 것으로 보았다. 즉 ① 축탁으로 초상을 작성하는 경우 특별한 특약이 없는 한 축탁자의 동의가 없으면 공표할 수 없다. ② 초상은 모욕적 상태를 나타내는 것이 되어서는 안 된다. ③ 초상은 인격을 훼손하는 장소에 두어서는 안 된다. ④ 초상은 현저하게 많지 않으면 이는 허용되지 않는다. ⑤ 타인초상의 희화의 공표는 허용되지 않는다. 다만 한 개인을 나타내는 것이 목적이 아니고 동시대의인물을 집단적으로 묘사함을 목적으로 하는 희화잡지의 경우에는 화중의 인물은 자기의 개인성이 전체 속에 망각되므로 허용될 수 있다. ⑥ 초상은 공표함으로써 사생활의 내정을 나타내어서는 안 된다. 사자의 초상의 공표는 내정을 나타내는 것이며 사후의 인격권의 존속기간은 법률로 확정되어야 한다고 지적하였다.

(3) 가라이스(Gareis)

민헌대학 교수인 가라이스는 대체적으로 케이스너의 설명에 찬성하여 초상권을 인정하고 있다. 사람은 인격권을 가지며 인격권은 자기의 신체를 객체로 할 수 있는 것과 같이 자기 형상도 객체로 할 수 있으며 초상권은 관습법으로 이미 성립되어 있는 권리라고 이해한다.

인격권은 권리자의 사후 어느 범위 내에서 존속한다. 인격권의 하나인 초상권도 이와 다를 바 없으므로 형법의 규정을 유추하여 그 부모 자식 또는 배우자가 이를 행사할 수 있다. 가라이스는 원칙적으로 초상의 작성 및 공표를 타인에 금지할 수 있다고 본다. 다만 다음 경우에는 예외로 본다. 즉 ① 초상 본인의 동의가 있는 경우이다. 동의는 사전·사후를 불문하며 명시·묵시를 불문한다. 실재의 경우 동의를 추정할 수 있는 경우가 많다. ② 기억으로 타인의 초상을 작성하는 경우이다. 다만 초상 본인에 대하여 모욕이 될 수 있는 특별한 사정이 없어야 한다. ③ 보안 경찰 및 형사재판의 목적을 위하여 행하는 강제작성의 경우이다. ④ 인물의 초상이 공공의 장소 또는 공공의 사건을 묘사하는 그림, 즉 풍경화 또는 이른 바 사건화중에 포함되는 경우이라고 지적하고 있다.

(4) 콘(Cohn)

콘에 의하면 초상의 작성과 그 공표를 구별한다. 자기의 일기장에 이웃 사람에 대한 험담을 기재할지라도 이음사람이나 제 3자의 눈에 적지 않으면 명예훼손이 성립되지 않는 것과도 같이 초상의 작성은 자유라고 설명한다. 관찰자가 그 기억을 더듬어 회화·조각의 형식을 취한다면 누구도 이에 이의를 제기할 수 없다고 한다. 이정은 가라이스의 예외 ②와 동지이고 케이스너와는 반대 입장이다. 이리하여 초상은 공포·공표되거나 공표되려고 하는 경우 비로소 초상 본인의 의사에 반하여 만인의 주목을 받는 위험성이 생긴다. 그러나 이 위험성은 초상의 성질 및 초상 본인의 신분 여하에 따라 아주 무시할 수 있는 경우가 많으며 금지권을 모든 초상 본인에 인정하는 것은 지나친 것으로 권리남용이라고 본다. 적법한 공표와 불법한 공표를 판별하는 기준은 코오러와 같이 공인활동이나 사생활이나에 따라 바르게 이해하는 것이 아니다. 공표 방법이 모욕적이냐 아니냐에 따라 바르게 이해한다. 즉 초상의 작성은 자유이고 공표는 모욕적이냐 아니냐에 따라 그 적법여부를 판단한다. 특별히 초상권을 인정할 필요가 없으며 초상에 관한 침해는 종래 인정되어 온 명예권의 침해에 불과하다고 이해한다.

(5) 올스하우젠(Olshausen)

케이스너는 판례에 의하여 가라이스는 관습법으로 초상권이 성립되어 있다고 이해하지만 올스하우젠은 이를 인정하기 어렵다고 본다. 1876년의 미술저작권법 및 동년의 사진저작권법의 초상에 관한 보호는 초상권의 존재를 증명할 수 없다. 이 두 법의 보호가 없는 경우에도 모욕 즉 명예권의 침해에 관한 형법·민법의 보호가 있는 것이다. 다만

가라이스와 같이 초상 본인의 의사를 무시하여 행한 초상의 작성 및 공표를 모두 모욕이라 함은 적정도를 넘은 것이다. 따라서 모욕이 아닌 초상에 대한 침해가 있을 수 있으며 이에 대해서는 법률의 보호가 없다. 초상권론자들은 이 허점을 지적하여 초상권을 주장하지만 이러한 경우에 보호되어야 할 정당한 이익이 존재하는 경우란 대단히 드물며 이론상으로만 상상할 수 있는 극히 드문 경우를 위하여 특별한 원칙을 세우는 것은 무용한 것이라고 지적하고 있다.

(6) 건정산

건정산에 의하면 사람은 자기의 형상에 대하여 재산적 이익과 정신적 이익을 가지며 이에 대한 법적 보호가 필요하다고 본다. 초상권 이익의 보호를 위하여 소유권설[사람은 자기의 신체 및 형상에 대하여 소유권을 갖는다-이탈리아의 아마르(Amar)설]과 콘이나 올스하우젠의 경우처럼 명예권설이 있으나 어느 것이나 타당성이 없고 초상권을 인정할 필요가 있다고 본다. 초상권은 비재산적 이익에 중점을 두는 것으로서 일종의 비재산권 인사권 중 인격권에 속한다고 본다. 이 점에서 케이스너, 가라이스에 찬성하고 있다. 물론 인격권에는 신체권·건강보지권(생명권 포함) 자유권·명예권·초상권·지능권(저작발명의장)등을 포함시키는 학자도 있다.이리하여 초상권이란 각인이 스스로 자기의 초상을 송포 또는 공표하며, 이것을 타인에 금지하는 본능을 주 내용으로 하여 그 결과 ① 자기의 초상을 공포하느냐 않느냐를 결정하는 권리 ② 사람 또는 자기의 초상을 어떤 시기에 공포하느냐를 결정하는 권리 ③ 사람은 자기의 초상을 어떠한 형식으로 공포하느냐를 결정하는 권리를 갖는다고 정리하고 있다. 다만 초상권의 제한으로서 ① 관직·보안경찰·형사재판의 목적을 위하여 특정인의 초상을 반포 또는 공포하는 경우 ② 인물이 풍경 기타장소를 묘사하는 상황에서 나타난 데 불과한 경우 ③ 집회행렬 기타 유사한 인사적 사건을 묘사하는데 있어서 인물이 그 참가원으로서 나타난 경우 ④ 축탁을 받지 않고 작성한 초상의 반포 또는 공포가 고도로 미술적 목적을 갖는 경우를 들고 있다. 이것은 서독의 미술저작권법 제 23 조를 거의 설명한 것이다. 여기서 제외되고 있지만 동법에서는 유명인도 초상권을 갖는다고 보고 있다. 서독의 미술저작권법 제 23 조에 의하면 보도 또는 표현의 자유와의 관계에서 경우에 따라서는 무단촬영이 합법화되는 경우가 있는데 이를 입법으로 예외로 인정하고 있다. 즉 ① 유명인의 경우 ② 인물이 풍경 기타 장소의 부속으로 나타나는 경우 ③ 집회·행렬 등과 같이 공공의 행사에 참가하고 있는 경우 ④ 축탁에 의하지 않고 작성된 초상으로 고도의 운술적 이익에 공헌하는 경우에는 무단 촬영·공표가 허용된다. 다만 이 경우에는 본인 또는 친족의 정당한 이익을 침해하는 경우에는 허용될 수 없다고 명시하고 있다. 또한 서독의 경우 공공목적에 위한 예외규정(§24)을 두고 있는데 즉 재판 및 공안의 정치목적에 위하여, 권리를 갖는 본인 또는

친족의 동의 없이 관직에 의한 복사·송표, 공공에 곤란하는 것은 허용된다고 명시하고 있다. 이러한 규정 등은 우리나라에도 큰 교훈이 아닐 수 없다. 생각컨데 초상권이란 사람의 초상에 대하여

초상 본인이 갖는 인격적·재산적 이익으로 보아 이것을 초상권이라 할 수 있을 것이다. 초상권은 우리 헌법 제 16 조에 규정된 사생활의 비밀과 자유의 내용이 되며 질서유지 또는 공공권리에 반하지 않는 한 모든 국민은 그 동의없이 사진을 촬영당하거나 이를 공표당하지 않음을 내용으로 하는 권리인 것이나 물론 사진뿐만 아니라 회화·조각 인형 등에 의한 초상의 경우에도 다를 바 없다.

3. 사건보도와 초상권

초상권을 주장할 수 있는 한계론과 관련하여 보도목적에 갖는 사진촬영과 초상권과의 관계를 생각해 본다. 초상권은 누구나 동의없이 용모나 용태를 촬영당하거나 이를 공표당하지 않는 자유라는 의미에서 동의(명시적 또는 암시적 동의)의 유명의 문제, 그리고 동의없이 촬영당한 경우에도 집회 등 공개된 행사에 참가자는 초상권을 주장할 수 있느냐의 문제, 유명인의 초상권의 문제, 범죄수사목적 또는 피의자의 사진촬영과 초상권의 문제 등이 중요한 문제로 논의되어야 하지만 여기서는 보도목적에 갖는 사진촬영과 관련하여 초상권을 생각해 본다. 정당한 목적을 갖는 사진촬영인 한 피촬영자의 의사에 반하여 그 동의가 없을지라도 촬영은 허용된다고 할 수 있다. 시중을 합법적 조건하에 공공 연하게 시위행진하는 상황을 신문사 사진반이 기사의 취재활동으로 촬영하는 것은 사회의 제현상에 대한 지식 및 뉴스를 독자에게 정확 공평하게 반포하여야 할 신문사의 사명때문에 당연히 사회적으로 허용되는 행위라 할 수 있다. 초상권의 이념을 이유로 그 활동을 방해하는 것은 권리의 남용이 아닐 수 없다. 그러나 보도의 목적이라고 하지만 주간지 등에서 종종 볼 수 있는 것과 같은 것은 초상권의 침해이며 위법임은 의심의 여지가 없다. 신문사의 사진취재는 신문의 공공사명을 생각할 때 당연히 사회적으로 허용되는 행위이며 초상권의 이념을 이유로 취재활동을 방해하는 것은 권리의 남용이 아닐 수 없다. 여기에도 신문의 취재활동으로서의 사진촬영이라면 초상권은 주장할 수 없는 것인가 또는 데모 등 시위행진 상황을 촬영한 것이기 때문에 초상권은 주장할 수 없는 것인가 등이 문제가 된다. 사진촬영이 누구나 통행할 수 있는 장소에서 행하여진 것이기 때문에 급박부정한 침해가 될 수 없다고 판단할 수도 있다. 이것은 마치 시중을 공공연하게 시위행진하는 이상 초상권은 포기한 것으로 생각하는 것과 같다. 이것은 결국 사회의 제현상에 대한 지식 및 뉴스를 독자에게 정확 공평하게 반포하여야 할 신문의 공공사명을 중시하여 개인의 초상권 보다 보도의 자유에 보다 높은 가치를 인정하여 취재활동으로서의 사진촬영을 인정하여야 함을

의미한다. 조사목적을 위한 데모 참가자에 대한 사진촬영까지도 부득이한 수사방법인 한 허용되고 있는 현실에서 보아 보도목적을 위해서만 사용되는 사진촬영이라면 정당한 목적을 위한 촬영이 되는 것이며 이 경우 초상권을 주장할 수 없다고 생각된다. 일반적으로 데모행진에 대한 사진촬영은 초상권·인격권의 침해가 아니라고 이해되고 있다. 결국 공공의 관심의 대상이 되는 사실에 포함되고 있는 사인의 공개장소에서의 행동에 대해서는 보도의 자유의 보장과 관련하여 초상권은 주장될 수 없다고 생각된다.

물론 보도의 자유와 관련하여 초상권은 주장될 수 없다고 하려면 촬영된 사진은 보도의 목적 이외에는 사용되어서는 안 된다는 엄격한 보장이 필요한 것이다. 많은 경우 초상권을 주장하는 근거는 촬영된 사진이 보도의 목적 이외의 목적에 사용되거나, 범죄수사에 사용되거나 또는 취업상 불이익을 받는 원인이 될 수 있다는 위험성이 있다는데 있는 것이다. 사진취재에 있어서는 이 점에서 용의주도한 배려가 있어야 하며 사진촬영에 대하여 초상권을 주장할 수 없는 이상 한층 피촬영자의 불이익이나 권리침해가 생기지 않도록 깊은 배려가 필요한 것이다. 이를테면 유명인의 초상이 신문·주간지·텔레비전에 촬영되는 것은 보도의 가치의 우월성 문에 허용되는 경우가 많다. 무명인의 사진을 주간지·텔레비전 등이 사용하는 경우에는 본인의 동의를 얻지 않으면 안 된다. 그렇지만 유명인 또는 동의를 얻은 사람이나 보도대상자의 옆에 있어서 부득이 사람의 초상이 촬영된 경우에는 본인의 초상권은 제한을 받는다고 하겠다. 서독의 미술저작권법 제 23 조도 유명인의 경우 또는 풍경이나 기타 정경촬영과 부수되어 촬영된 화상은 자유로 사용할 수 있다고 명시하고 있는 것이다. 또한 재산권으로서의 초상권의 주장이 유력해짐에 따라 보도로서 허용될 수 있는 범위는 점점 축소되고 있는 것도 부인할 수 없다. 이를테면 신문이나 주간지의 표지에 유명한 운동선수의 사진이 실리는 것은 보도이지만 월간지의 표지에 실리는 것은 보도라 인정할 수 없는 것이다. 일본의 판례이지 王선수의 756 호 홈런 사진을 현소재지에 전송하고자 한 통신사가 재산권으로서의 초상권을 주장하기 때문에 王선수에 요금을 지불한 예가 있는 것이다. 종래 같으면 보도로서 무단으로 무료로 전송시킬 수 있는 사례라 할 수 있는 것이다. 물론 유명인도 전혀 초상권이 없다고 할 수는 없다. 초상권의 예는 아니지만 일본의 주간지(주간여성)가 유명한 극화작가의 사생활 기사를 게재한 이유로 그 작가는 5천만엔의 위자료청구를 한 예가 있다. 피고는 원고와 같은 사회적 책임을 지고 있는 자는 그 공적인 생활은 물론 사생활면에 있어서도 공정한 방법으로 행해지는 한 사회에 공개되는 것을 수인하여야 한다고 항변하였지만 재판소는 『어떠한 유명인도 타인으로부터 용혜받을 수 없는 사생활의 평온을 향유할 이익을 가지고 있다. 유명인은 경우에 따라서 프라이버시권을 포기한 것으로 생각될 수 있는 경우가 있으며 또 사회적 지위와 관련하여 사생활의 일부를 공공의 정당한 관심의 대상이 될 수 있는 경우가 있지만 이 기사의 내용이 되어 있는 특정 부부간의 문제, 자식의 교육방침 등에 대한 주체적인 문제는 원래 당해 가정의 기회와 인연에 속하며 타인이 함부로 용혜함을 삼가하여야 할 성질의 것이라고 판단하여 출판사와 편집인에 대하여 각각 150 만엔을 지불하도록』 명한 바 있다. (소화 49.7. 15. 동경지재판결 판시 777 호 60).

이에 관한 서독의 판례(1956.5.8. 서독연방재판소 BGHZ 20,345)도 있다. 원고(유명한 배우)가 피고(보도 사진사 및 그 사진을 산 회사)에 대한 연대손해배상책임을 인정한 사건이다. 피고(보도사진가)는 카메라 잡지에 공표할 목적으로 원고가 놀이기구에 타고 있는 모습을 촬영할 것을 요구하여 원고는 이를 동의했다. 피고(보도사진사)는 피고(회사)에 40 마르크를 받고 그 사진을 양도했다. 보도 사진사는 그 사진을 광고에 사용하도록 동의한 것이라고 회사에 통지하고 회사는 이를 많은 잡지에 광고로 게재한 것이다. 이 사건에 대한 판결이유는 다음과 같다.

『원고는 자기의 사진을 광고 사용하도록 허용한 것이라고 볼 수 없다. 유명인에 대하여 미술저작권법 제 23 조 1 항에서 규정하고 있는 촬영의 자유는 정당한 보도에 대한 공공의 필요성에서가 아니다. 다만 그 사진으로 광고에 사용하고자 하는 회사의 상업상의 이익에만 도움이 되는 공표에는 적용이 되지 않는다. 자기의 초상을 공표하느냐 여부, 공표하는 경우에도 어떠한 시기 및 방법을 택할 것인가를 결정하는 피촬영자의 배타적 권리는 저작권이 아니고 그 본질상 인격권이다. 서독기본법제 1 조 및 2 조에 의해 이러한 권리는 유명인에도 보장된다』

서독기본법 제 1 조 1 항에는 인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무라 하고 동법 제 2 조 1 항에는 각인은 타인의 권리를 침해할 수 없으며 헌법질서 또는 도덕에 반하지 않는 한 그 인격의 자유로운 발전을 목적으로 하는 권리를 갖는다고 명시하고 있다. 이 규정이 일반적 인격권리론을 확립할 수 있는 법적 근거가 되고 있으며 이 이론에 의해 프라이버시권도 보호되고 있는 것이다. 미술저작권법에 의해 초상권이 보호되지 않는 경우에도 일반적 인격권리론으로 보호되는 것이다.

인격권 침해에 대하여 재산법상의 손해배상청구권을 인정하는 것과 같이 본건의 경우도 자기의 초상에 대한 인격권의 침해의 경우에도 배상청구권은 인정한 것이다. 즉 피고(보도사진사)는 얻을 수 있는 이익의 상실을 배상하지 않으면 안 된다. 또 하나의 피고(회사)에 대해서는, 원심에서는 과실이 없기 때문에 손해배상의무가 없다고 판시했지만, 회사는 원인 없는 재산의 이득이 있기 때문에 원고에 대하여 부당이득의 반환을 하여야 한다고 판시한 것이다.

이 판결은, 유명인일지라도 자기의 사진이 광고에 사용되는 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다고 주장할 수 있으며, 또 얻을 수 있는 이익을 요구할 수 있음을 판시한 것이다. 본건은 인격권의 침해로서 이론구성을 한 것이다. 여기에 관련된 최근의 미국의 판례 (433 U.S.562 1977.)가 있다. 시골 품평회에서 행한 한 연기(인간포탄)가 텔레비전국에서 무단 방송된 사건이다. 15 초간의 연기는 밤 뉴스에서 호의적 비평과 함께 모두 방송되었다. 원고는 자기의 직업상의 이익이 위법으로 도용되었다고 소를 제기한 것이다. 일심에서는 패소했다. 오하이오 공소심에서는 동의를 얻지 않은 무단 방송은 저작권 침해라 하였다. 동최고심은

원고의 초상과 성명을 동의없이 이용하는 것은 원고의 연기의 퍼블리시티 가치의 도용이며 피고에 특권이 없으면 유책이지만 텔레비전 방송국은 공공의 이익을 위하여 뉴스 방송을 행할 특권이 있다고 하여 원고패소를 결정했다. 미국연방최고재판소는 『창조적인 연예(entertainment)를 장려하기 위한 재판권의 보호문제가 논점이라 하여 뉴스로 광고의 텔레비전 연기를 모두 방송하는 것은 분명히 연기의 경제적 가치를 위협하는 것이 된다. 공중이 텔레비전에서 무료로 볼 수 있다면 대가를 지불하여 보지 않을 것이다.』라고 판시했다. 다수의견에 의하면 연예는 뉴스에서도 수정헌법 제 1 조의 보호를 받는다는 것은 명확하고 또한 연예가 중요한 뉴스가 되는 것도 사실이다. 그러나 국민이나 텔레비전 방송국도 원고의 행동에 대하여 경제적 이익이 정당한 것으로 볼 수 있는 한 원고의 연기에 대한 재산권은 박탈할 수 없다고 밝혔다. 3인의 소수의견은 보도의 가치에 우위를 두었다. 뉴스 보도가 사리를 꺾은 구실로 볼 수 있는 뚜렷한 증거가 없는 한 방송국은 면책 된다고 보고 한 사람의 소수의견은 주재판소의 판결이 연방문제를 포함하느냐가 불명하므로 반려하여야 한다고 밝혔다. 금후에도 퍼블리시티권과 보도의 자유와의 충돌문제는 계속 논의의 대상이 될 것이다. 아무튼 우리나라의 경우는 미국법의 경우와 같이 초상권은 프라이버시권의 한 내용으로 볼 수 있을 것이다. 미국에서는 프라이버시권은 초상의 영리적 사용을 계기로 승인되어 온 것이 사실이고 초상권의 주장은 동시에 프라이버시권의 주장이었던 것이다. 이에 대하여 대륙법국에서는 초상권은 인격권이론과 결부시켜 독립의 권리로서 일찍이 승인하고 있는 것이다. 어느 이론 구성을 할지라도 영상문화의 시대라고 부르고 있는 오늘날 초상권은 인권보호의 관점에서 중요한 의미를 가지고 있다. 한편 현대사회에서의 보도의 자유의 가치는 재언할 여지가 없을 만큼 또한 긴요하다. 보도의 자유를 확보하기 위하여 취재활동의 하나인 사진촬영은 보다 넓게 인정할 필요가 있는 것이다. 물론 취재활동의 하나로서의 사진촬영은 보도의 자유의 목적이외에는 사용되어서는 안 된다. 초상권과 보도의 자유와의 조화를 이룩할 수 있는 건전한 관행이 확립되어야 할 것이다.

미국 판례 중 기이한 병 (식용양진증)을 앓고 있는 환자의 사진과 함께 기사를 잡지에 게재한 사건이 있다. 피고(타임스사)는 동지의 의학란에 그러한 기사를 편 것이다. 재판소는 국민이 알고자 하는 것을 보도하는 것으로서 공공의 관심을 갖는다는 의미에서 원고의 프라이버시권은 어느 정도 제한될 수 있으나 그렇다고 할지라도 병으로 앓고 있는 것은 사적 사항이며 기사만이 아니고 사진을 실어 넓게 공개하는 방법은 일정한도의 품위를 잃고 있어서 프라이버시권 침해라고 보았다. 또 세계적으로 관광객이 많이 찾는 로스앤젤레스의 어느 시장에서 커피상점을 하고 있는 원고가 그 상점에서 애정에 넘치는 모습으로 처를 포옹하는 모습을 피고(잡지사)의 사진사가 촬영하여 이를 인쇄 · 공개한 사건에서 재판소는 프라이버시권 침해가 아니라는 이유로서, 이미 공개된 모습이며 사적인 것의 공개가 아닌 권리포기이론을 전개한 것이다. 즉 공공의 장소에서 이 특수한 모습을 자발적으로 보임으로써 그 촬영된 사태에 대하여 프라이버시권은 소멸되며 그것은 실제로 공공의 소유물의 일부가 된 것이다. 요컨대 그 사진은 당시 사적인 것을 공개한 것이 아니고

특정사건에 대한 지식을 그 현장에 없었던 자 이외의 많은 사람에게 보여준 것에 지나지 않는다고 판시한 것이다. 물론 소수의견은 공개된 장소에 있었다고 하여 초상에 대한 권리가 없다는 데는 찬성할 수 없으며 본건과 같은 원고에 초점을 모으고 다른 것과 분리하여 잡지에 게재함으로써 많은 사람의 눈에 띄게 한 것까지 용인한 것으로 볼 수 없다고 밝혔다.

- 서울대학교 법과대학, 교토 대학원 수학, 건국대학교 대학원 (법학박사)

- 저술 : 「국민의 알 권리에 관한 연구」, 「한국헌법」 외 다수

- 현재 건국대학교 법학과 교수